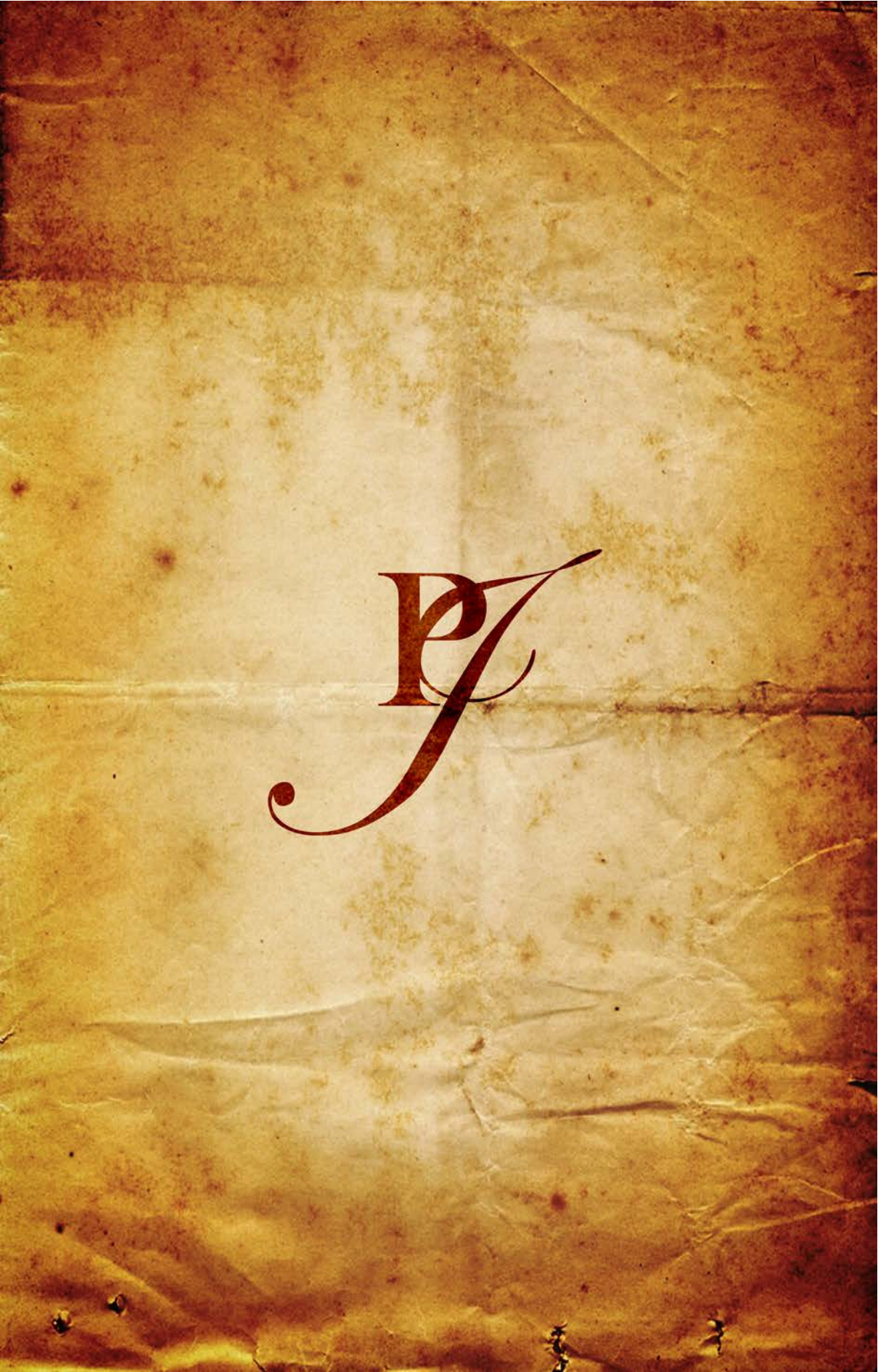
Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

# "Memoria Jurídica"

## El Delito Continuado

*Lic. Enrique Cardona Arizmendi*

*Abril de 2018 | Año I. No. 2*



# Memoria Jurídica del Poder Judicial de Guanajuato

*"El Delito Continuado"*
*Licenciado Enrique Cardona Arizmendi*

**Abril de 2018 | Tomo I. Año I. No. 2.**

# Contenido

Preliminar ..... 7

Directorio ..... 9

Liminar ..... 11

Prólogo ..... 13

El Delito Continuado ..... 23

La revista *"Memoria jurídica"* es una publicación bimensual que tiene el propósito de rescatar de los viejos estantes, criterios o investigaciones realizadas por o para el Poder Judicial de Guanajuato y dar continuidad a dichas investigaciones.

El texto se publica íntegro respetando lo realizado por el autor original.

Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra con la condición de que se precise la fuente, el autor y la creación en Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial de Guanajuato.

Los contenidos de los artículos son exclusivamente responsabilidad de sus autores y no representa la postura oficial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

***Magistrada Ma. Claudia Barrera Rangel***
*Presidenta del Supremo Tribunal de Justicia y el Consejo del Poder Judicial del Estado de Guanajuato*

# Memoria Jurídica del Poder Judicial de Guanajuato

## "El Delito Continuado"
## Licenciado Enrique Cardona Arizmendi

# DIRECTORIO

Presidenta
Mgda. Ma. Claudia Barrera Rangel

### Salas Penales

Primera Sala
Mgdo. Víctor Federico Pérez Hernández
Segunda Sala
Mgdo. Eduardo Hernández Barrón
Tercera Sala
Mgdo. Alfonso Fragoso Gutiérrez
Cuarta Sala
Mgdo. Héctor Tinajero Muñoz
Quinta Sala
Mgdo. Francisco Aguilera Troncoso
Sexta Sala
Mgdo. Daniel Federico Chowell Arenas
Séptima Sala
Mgdo. Luis Alberto Valdez López
Octava Sala
Mgda. Gloria Jasso Bravo
Novena Sala
Mgdo. Plácido Álvarez Cárdenas
Décima Sala
Mgdo. Miguel Valadez Reyes

### Salas Civiles

Primera Sala
Mgdo. Diego León Zavala
Segunda Sala
Mgda. Ma. Elena Hernández Muñoz
Tercera Sala
Mgdo. Francisco Javier Zamora Rocha
Cuarta Sala
Mgda. Martha Isabel Villar Torres
Quinta Sala
Mgda. Martha Susana Barragán Rangel
Sexta Sala
Mgdo. Fernando Reyes Solórzano
Séptima Sala
Mgdo. Eloy Zavala Arredondo
Octava Sala
Mgdo. José Luis Aranda Galván
Novena Sala
Mgdo. Roberto Ávila García
Décima Sala
Mgda. Carolina Orozco Arredondo

# CONSEJEROS

## Ponencia 2
Consejero Pablo López Zuloaga

## Ponencia 3
Consejera Ma. de los Ángeles Camarena Soria

## Ponencia 4
Consejero Sergio López García

# SECRETARIOS GENERALES

## Supremo Tribunal de Justicia del Estado
Lic. Laura Angélica Ángeles Zamudio

## Consejo del Poder Judicial
Mtro. Luis Eugenio Serrano Ortega

# INVESTIGACIONES JURÍDICAS DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO

## Investigador
Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

## Prologuista invitado
Ph. Dr. Alexander Díaz Pedrozo
Juez Penal del Circuito Especializado de Bogotá-Colombia

# Liminar

Uno de los propósitos de la unidad académica de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial de Guanajuato es dar respuestas a problemas reales que se presentan en la praxis, lo que se consigue tanto con la producción de textos de actualidad como con la recuperación de investigaciones realizadas en el pasado.

En antaño, las producciones intelectuales del Poder Judicial fueron la "Revista del Poder Judicial", luego el "Boletín", posteriormente una colección llamada "Poder Judicial" y siguió el denominado "Boletín Jurídico".

Escudriñando entre las más antiguas se localizó *oro puro*, artículos de redacción envidiables, profundos y prácticos que deben ser parte de la tradición jurídica guanajuatense. Entre ellos "El delito continuado" del Licenciado Enrique Cardona Arizmendi.

Una de sus obras cumbres fue el "Código Penal Comentado" que hiciera con su discípulo Cuauhtémoc Ojeda. Texto que, en la opinión de algunos, fue el mejor del país en sus tiempos y donde aparece el análisis sobre el delito continuado que razonablemente fue evolución del que aparece publicado en la Revista del Poder Judicial.

Destaca, en el texto original, referencias a bibliografía extranjera de difícil adquisición en aquellos ayeres. Distingue entre delitos instantáneos, permanentes y continuados, explica el origen histórico y pragmático del delito continuado "para atenuar la dureza de la ley al reincidente", expurga la doctrina alemana e italiana, como la situación legal en México en los años sesentas cuando no estaba reconocido por la Ley, era solo una postura doctrinaria y expone sus conclusiones donde aparece un concepto, naturaleza jurídica, utilidad y elementos del delito continuado.

Toda una cátedra que evoca al Maestro Cardona dando clase, a la que llegaba con una seriedad abrumadora, caminaba al escritorio, se sentaba, cruzaba la pierna y lentamente encendía un cigarro; comenzando a explicar de memoria el derecho penal, aderezando su plática con ejemplos y chistes, lo que facilitó la atención de la clase, perdurando, sus enseñanzas.

Sin olvido debe estar la investigación sobre el delito continuado, que si bien por razones obvias, el texto no explica el estado actual de la cuestión, sigue siendo útil para explicar los antecedentes del artículo 10 del Código Penal de Guanajuato, relativo al delito continuado.

Definitivamente el artículo que ahora se recupera es una pieza que evidencia sólidos cimientos de la investigación jurídica penal del Poder Judicial, pero cuyo hallazgo solo debe ser el primer paso.

*Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano*

# Prólogo

*Juez Ph. Dr. Alexander Díaz Pedrozo*[1]

Realizaré una brevísima síntesis de la estructura dogmática del llamado "delito continuado y masa" en Colombia, como contribución al necesario desarrollo del derecho comparado latinoamericano, aprovechando la magnífica disertación que sobre este instituto penal desde México nos brinda el ilustre jurista Enrique Cardona Arizmendi, que no obstante el paso del tiempo desde cuando fue escrito, aún podemos recoger importantes enseñanzas.

El delito continuado y el delito masa constituyen un avance significativo de la política criminal aplicada dogmáticamente, pues legalmente funcionan como una cláusula reductora de la punibilidad en aquellos eventos en que la conducta punible resulta repetitiva en diferentes actos y ejecutados por el mismo autor o cuando una misma conducta, ejecutada por el mismo sujeto activo, recae sobre múltiples sujetos pasivos, en estos casos, la conducta es entendida como una unidad delictiva agravada.

El código penal colombiano (ley 599 de 2000) lo consagra en el artículo 31, en el capítulo que regula el concurso de las conductas punibles, de la siguiente manera:

**ARTICULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES.** El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su

1 Abogado por la Universidad del Atlántico. Con especializaciones en Derecho Penal y criminología - Universidad Libre y derecho constitucional - Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho - Programa en ciencias penales y criminológicas y Magister en Derecho constitucional - Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho - Universidad Nacional de Colombia. Participante de la tercera Escuela de Verano en Derecho penal y procesal penal alemán en la Universidad de Gottingen-Alemania. Docente universitario y juez penal del circuito especializado de Bogotá.

naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

**PARAGRAFO.** En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Se puede observar que el legislador colombiano dejó a la doctrina y jurisprudencia la labor hermenéutica de conceptualizar sistemática y racionalmente lo que debe entenderse por delito continuado y delito masa.

Es así como Fernando Velásquez Velásquez, considera que el delito continuado se presenta cuando "el agente lleva a cabo diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia (nexo de continuación) y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final."[2] Sus elementos estructurales -de acuerdo con este autor- son unidad de sujeto activo: esto es, se requiere un sujeto activo único individual o plural; unidad de acción: entendida como unidad de acción final, en la que una pluralidad de acciones u omisiones están interconectadas a través de un nexo de continuidad, de manera que todas estas constituyen jurídicamente un solo acto final; unidad normativa relativa: es la infracción de la misma disposición o de una semejante en su estructura típica; unidad o pluralidad de sujeto(s) pasivo(s): la conducta deberá recaer sobre el mismo sujeto pasivo titular

2. Velásquez Velásquez, F.: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2010; p. 632.

del bien jurídico tutelado; se excluye el delito continuado en casos de ofensas a bienes jurídicos personales, salvo que medie unidad de sujeto pasivo del delito: estos hacen referencia a aquellos que tienen que ver con el desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo y por último otros elementos complementarios como el empleo de medios o procedimientos semejantes y unidad de designio o de propósito.

Respecto del delito masa o fraude colectivo lo define como "aquel evento en cuya virtud el sujeto activo, mediante la realización de uno o varios actos, que considerados de manera independiente- constituirían un solo delito, pone en ejecución un plan criminal único encaminado a defraudar una masa de personas -que pueden ser sujetos pasivos del delito, sujetos pasivos de la acción o perjudicados- que no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico alguno."[3] Tal es el caso de delitos contra el patrimonio económico como las estafas colectivas, entre otros.

Una excelente investigación sobre esta tipología de comportamientos fue elaborada por Ricardo Posada Maya, quien nos ofrece una completa ilustración sobre la evolución de los conceptos que envuelven el delito continuado y el delito masa, tanto en Colombia como en España, escrito en clave de derecho comparado, de tal manera que podemos afirmar que esta figura ha estado presente en las discusiones doctrinales y legislativas penales en Colombia, durante todos los tiempos.

Al hacer referencia a la consagración legal del delito continuado y masa en la ley 599 de 2000, afirma que esta regulación acoge la tesis, según la cual se trata de una fórmula jurídica con autonomía estructural y punitiva, en las que el delito continuado "se concibe a la luz de las teorías de la realidad -no como una mera ficción jurídica- considerado el tratamiento intermedio que recibe en comparación con otras instituciones precedidas por unidad de acción, como, p. ej.: el concurso ideal y figuras afines previstas en la parte especial del estatuto."[4] Lo

3. Velásquez Velásquez, F.: Manual de Derecho…, p. 636.
4. Posada Maya, R.: Delito continuado y concurso de delitos. Grupo Editorial Ibáñez – Universidad de los Andes. Bogotá.-2012. p. 392.

define como "una manifestación criminosa", en virtud de la cual el agente realiza diversos actos parciales conectados por una relación de dependencia subjetiva -plan criminal-, de tal suerte que el supuesto situacional del tipo concreto los abarca en su totalidad en una unidad de acción en sentido amplio, unidad de acción que, de cara a la afectación progresiva del bien jurídico, permite configurar un injusto unitario y con ellos una única tipicidad, desarrollándose los tres elementos básicos que han rodeado la figura según la tradición: unidad de acción, de tipo y de pena."[5]

En cuanto a sus elementos coincide mayoritariamente con la estructura dogmática que reseñamos cuando hicimos referencia a Fernando Velásquez Velásquez: Uniformidad de sujeto activo; unidad o pluralidad de acciones; Unidad relativa de tipo; unidad de bien jurídico afectado; exclusión político-criminal de la unificación típica continuada, por ofensas a bienes jurídicos altamente personales, como en los delitos de abusos sexuales, con víctimas plurales; unidad o pluralidad de sujeto pasivo y otras exigencias objetivas accidentales o secundarias, como el empleo de medios o procedimientos semejantes.[6]

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por tanto, es la encargada en sede del recurso extraordinario de casación penal, dirimir las disputas que procesalmente se han desarrollado en las instancias (primera y segunda) ante los jueces ordinarios. Esta facultad se la otorga la Carta Constitucional en su artículo 234 y 235-1, en los cuales podemos leer "La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y se compondrá del número impar de Magistrados que determine la ley" y dentro de sus atribuciones deberá "actuar como tribunal de casación". Recurso extraordinario de casación que pretende la efectividad del derecho material, el respeto a las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia, según el artículo 180 de la ley 906 de 204 (código de procedimiento penal). Por esa vía se consolida el precedente judicial obligatorio para los demás jueces.

5. Posada Maya, R.: Delito continuado y…, p. 392.
6. Posada Maya, R.: Delito continuado y…, pp. 466-529.

En esa dirección ha fijado su posición judicial frente al delito continuado y masa. En la sentencia que se cita a continuación[7], la Corte unifica su jurisprudencia sobre el tema y hace precisiones conceptuales sobre estos institutos, que se han mantenido en decisiones posteriores.

Considera la Corte que el delito continuado fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos. De esa forma señaló que "El legislador considera la existencia de un sólo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad."[8] Esto es muy importante si tenemos en cuenta que el delito continuado y masa está ubicado en el capítulo sobre el concurso de conductas punibles.

En cuanto a su definición señala que:

El delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del *modus operandi* en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador.[9]

Destaca la Corte el origen del delito continuado, señalando que nació en el ámbito de los delitos patrimoniales, con el fin de

7. Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de julio de 2007, Radicación 27.282, M.P Yesid Ramírez Bastidas.
8. Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación … .
9. Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación… .

evitar la pena de muerte al ter furatus y gracias a la jurisprudencia, especialmente italiana y alemana, adquirió carta de naturaleza propia, con características específicas y particulares distintas a la pietatis causa, alcanzando la consideración de realidad jurídica fundada en el llamado «dolo conjunto», con lo que podemos inferir que en el fundamento del delito continuado está una apuesta político-criminal en la que la incorpora para ajustar a la realidad aquella repetición de conductas punibles que conllevaban a un concurso de conductas punibles con consecuencias severas de penalidad.

Remata afirmando:

> Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso.[10]

Dedica menos espacio al delito masa, al cual toma como una especie de delito continuado:

> Es una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano. Se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas.

El delito en masa se ha aplicado en Colombia a casos de estafas colectivas, las cuales han llegado a conocimiento de la Corte, en las cuales ésta ha realizado precisiones relacionadas con las diferencias con el delito continuado. Así, ha sostenido[11] que cuando se trate:

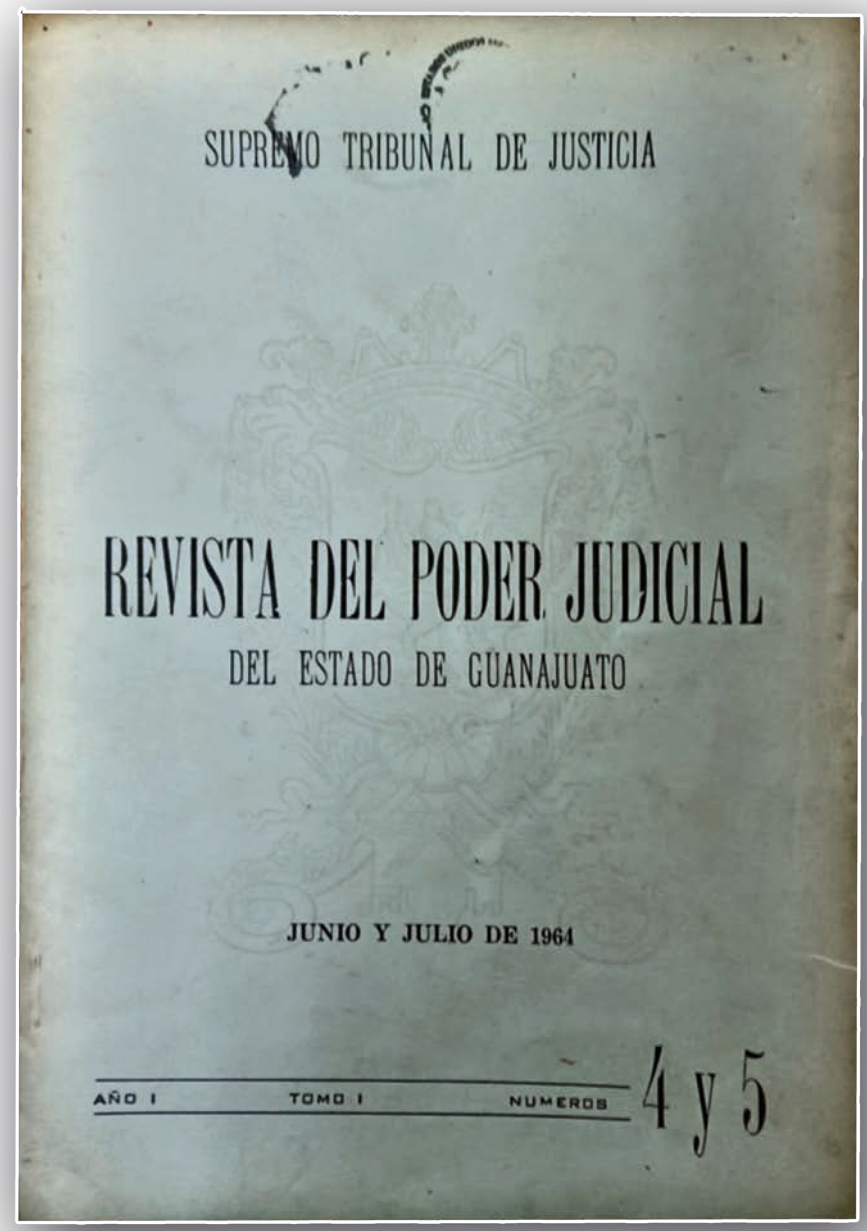
10. Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación… .
11. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia del 9 de agosto de 2017. Radicación No. 44.071. M.P Gustavo Malo Fernández.

(…) de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse.

En conclusión, el delito continuado y masa es una realidad normativa en Colombia, con importantes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, a partir de los cuales hemos podido hacer esta somera presentación, que por su brevedad deja por fuera -injustamente- varios doctrinantes y sentencias que se ocupan del tema, de las cuales hemos tomado una pequeña muestra que refleja la riqueza que aun hoy ofrece esta temática en este rincón del mundo, de la cual existe una huella imborrable en 1964, cuando el jurisconsulto mexicano Enrique Cardona Arizmendi publicara su trabajo sobre el delito continuado, que al paso de más de cinco décadas, mantiene vigencia en muchos de los aspectos por él planteados, de manera que aquella "modesta contribución al tema" como él lo llamó ha logrado su propósito: interesar a inteligencias más informadas para llevarlo a su perfeccionamiento.

Agradezco al honorable Poder Judicial de Guanajuato y en especial al amigo y Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano coordinador de la revista "Memorias jurídicas" - por concederme el honor de prologar esta edición y hacerme partícipe de ella. Propuestas académicas, como esta, propiciadas desde el Poder Judicial, nos acercan para compartir preocupaciones comunes y proponer soluciones que nos permitan avanzar hacia una mejor justicia, rescatando a aquellos que han sembrado la semilla y que esperaron que germinara con éxito. Al paso del tiempo, estos pro-hombres logran su cometido, su semilla no solo germina sino que produce bondadosos frutos.

*Bogotá, Colombia.*



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA

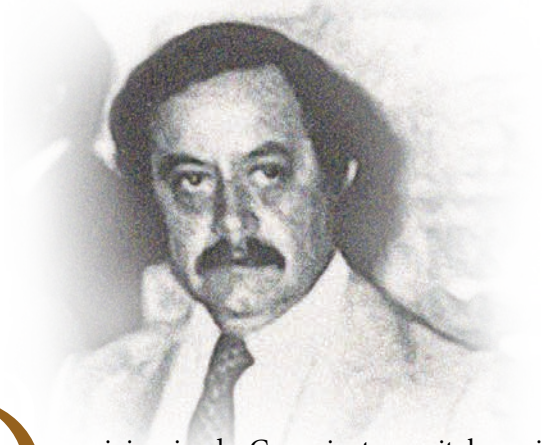
# REVISTA DEL PODER JUDICIAL

## DEL ESTADO DE GUANAJUATO

JUNIO Y JULIO DE 1964

AÑO I TOMO I NUMEROS 4 y 5

# *Profesor Licenciado Enrique Cardona Arizmendi*



Originario de Guanajuato capital, nació en 1935 y murió en el 2000. Estudio Derecho y Notaría Pública en la Universidad de Guanajuato así como una Especialidad en Criminalística por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

En el ámbito laboral ocupó varios cargos, entre ellos Agente del Ministerio Público, Juez Penal, Magistrado del Tribunal Fiscal Del Estado, Jefe de Departamento Legal de la Tesorería del Estado, Rector de la Universidad de Guanajuato, Procurador General de Justicia y Presidente del Supremo Tribunal de Justicia.

De su obra escrita destacan, el "Código Penal comentado del Estado de Guanajuato, concordado con el Código Penal Federal, con exposición de motivos y jurisprudencia", "Nuevo Código Penal comentado del Estado de Guanajuato, con exposición de motivos, jurisprudencia y reformas al Código de Procedimientos Penales" y "Apuntamientos de Derecho Penal".[12]

12. Cfr. Vidaurri Arechiga, M.:Estudios jurídicos en homenaje al licenciado Enrique Cardona Arizmendi. Universidad de Guanajuato. Guanajuato, México. 2012; passim. Agradecemos la confirmación de los datos biográficos del profesor Cardona parte de su hijo el también licenciado y penalista Pedro Pablo Cardona Maldonado.

# *El Delito Continuado*[13]

*Por el señor*

***Lic. Enrique Cardona Arizmendi.***
*Maestro de derecho penal de la*
*Universidad de Guanajuato.*

Sumario: 1.- Delitos instantáneos, permanentes y continuados. 2.-Orígenes. 3.-La doctrina alemana. 4.-La doctrina italiana. 5.- EI delito continuado en México. a) Doctrina. b) Jurisprudencia. 6.- La legislación. 7.-Conclusiones.

1.- A fin de delimitar el presente tema se hace necesario aludir a cierta clasificación de los delitos, clasificación que hacen un sin número de autores y que, por otra parte, se remonta a lejanas épocas, pues ya Francisco Carrara mencionaba la misma en su obra monumental "Programa de Derecho Criminal". (1)

Nos referimos a la que divide los delitos (por cuanto a su acción) en: Instantáneos, permanentes y continuados. Algunos autores estiman los dos últimos como sub-especies del que denominan "delito continuo" y es importante no olvidar esta postura, pues, como se verá, vendrá a auxiliarnos para entender nuestra doctrina y jurisprudencia. Más de momento haremos esa separación tripartita a fin de establecer sus diferencias.

Por lo que hace a los delitos instantáneos su concepto se precisa en forma coincidente por los autores y así vemos que:

Para Carrara (2) son en los que "la violación del derecho se agota en un solo momento". Como ejemplo menciona el homicidio, las lesiones, el estupro.

13. Publicado inicialmente en la revista del poder judicial, tomo I, año I correspondiente a los números 4 y 5 de junio y julio de 1964; pp. 39 a 77. Intervino en la trascripción y revisión del texto el asistente de investigación Miguel Ángel Tapia Baeza, alumno del décimo semestre de la universidad de Guanajuato, México.

Eugenio Cuello Calón (3) los concibe como "aquellos en los que la violación jurídica realizada en el momento de la consumación, se extingue con ésta". Como ejemplo da el homicidio, el robo, el hurto.

Ignacio Villalobos (4) expresa que "se llama delito instantáneo aquel cuya realización termina en el momento mismo de consumarse o de frustrarse la consumación; como un golpe o una injuria".

Finalmente, para Sebastián Soler (5) el delito instantáneo es aquel "en el cual la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento".

Este autor de inmediato destaca, siguiendo con ello a Carnelutti (6), "que no es el carácter físicamente instantáneo de la actividad lo que determina la clasificación", pues a veces la realización física de los delitos instantáneos exige la concurrencia de diversos hechos que no necesariamente son simultáneos a la verificación. Así vemos como en el homicidio los actos lesivos constituyen un hecho distinto de la muerte misma; ontológica y temporalmente existe una separación incuestionable. Más todo aquello que disminuya la vitalidad de una persona no es un homicidio aún, ya que lo que la ley castiga es matar y esto se verifica instantáneamente.

Para resaltar lo anterior bastará invocar aquellos casos narrados por los novelistas y acaecidos también en la vida real, quizá con mayor frecuencia que la descubierta, en los que se llega a la consumación del homicidio por medio de la administración de pequeñísimas dosis de veneno, que paulatinamente van minando la salud de la víctima. EI lapso de tiempo transcurrido desde la primera administración del veneno hasta la muerte deberá ser necesariamente largo, dado que habiéndose escogido este procedimiento para disimular el delito y conseguir la impunidad, su éxito depende de la lenta minación de la salud. Sin embargo, el delito no puede encuadrar en ninguna otra clasificación a pesar de que se empieza a realizar con gran antelación a la muerte perseguida. No existirá homicidio sino hasta que la muerte se consiga y la misma se verifica en un solo momento. Todos los momentos anteriores serán, a lo sumo, una tentativa de homicidio.

Pasaremos ahora a analizar los delitos permanentes.

Para Carrara son aquellos en que "la violación del derecho se prolonga o puede prolongarse (temporalmente) de manera indefinida". Como ejemplo cita (señalamos los más caracterizados a nuestro entender) la asociación de malhechores, el rapto, el plagio, la cárcel privada. Menciona también la usurpación de la posesión ajena, figura equivalente a lo que nuestra ley define como despojo. (7)

Cuello Calón los concibe como "aquellos en los que, después de su consumación, continúa ininterrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquélla". Cita como ejemplo el rapto y las detenciones ilegales.

Para Villalobos son "todos aquellos hechos en que la manifestación de voluntad antijurídica se prolonga por más o menos tiempo, manteniendo ese estado de cosas típico penal". Menciona como ejemplos la rebelión, la resistencia o desobediencia a las autoridades, el allanamiento de morada, la privación ilegal de libertad y el rapto.

Finalmente, para Sebastián Soler son delitos permanentes aquellos en los que "la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos".

Tenemos ya diferenciados los delitos instantáneos de los permanentes y sin embargo se hace necesario, para una mejor distinción, referirnos a los delitos de efectos permanentes. Estos son verdaderos delitos instantáneos, pero como quiera que la acción puede dejar efectos permanentes a través del tiempo o bien, no dejarlos, porque en realidad no existan o porque no se les acuerde relevancia jurídica ninguna, la doctrina ha procurado diferenciarlos netamente.

En efecto un delito instantáneo por cuanto a su acción, puede serlo también por cuanto a sus efectos y así tenemos, por ejemplo, el disparo de arma de fuego y la difamación. En los mismas, la acción que

consume el delito no deja tras de sí ningún efecto y todo termina con la puesta en peligro o agresión del bien jurídico tutelado. Podría pensarse que en la difamación la acción pudiera dejar como consecuencia la deshonra del ofendido, pero aún cuando así pueda suceder en algunos casos, a tal efecto nuestra ley penal no le acuerda relevancia jurídica, toda vez que el evento consumativo es la comunicación dolosa, sin que interese si realmente se ha llegado a deshonrar o no al ofendido.

En cambio, puede suceder que la acción que consume y perfecciona el delito se verifique instantáneamente y sin embargo los efectos de la acción permanezcan en el tiempo. Así tenemos que la acción de lesionar (instantánea) puede dejar efectos permanentes en el ofendido: cicatriz, deformación, incapacidad, etc.

Con estas bases podrá distinguirse con relativa facilidad los delitos instantáneos de efectos permanentes, de los verdaderos delitos permanentes, pues en éstos lo que permanece no es un mero efecto de la acción, sino el estado mismo de la consumación.

Sebastián Soler, siguiendo con ello a Ernst Von Beling, destaca la importancia de distinguir el verbo típico de la figura, pues el mismo dará la pauta para caracterizar la acción y añade: "Que en los delitos necesariamente permanentes siempre es posible, para designar cualquier momento posterior al acto inicial consumativo, emplear la forma equivalente al participio presente del verbo usado por la ley para configurar el delito" (8). Así vemos que las figuras previstas en los artículos 303 fracción I, 196 fracciones I y III, podemos verificar la operación indicada y decir: "Estar deteniendo, estar ejerciendo y estar usando". En los demás casos, agrega el maestro argentino, lo anterior no es posible y se impone designar la acción con el participio pasado. Así, en las figuras tipificadas en los artículos 306, 202 y 205, expresaremos: "Haberse apoderado y haber copulado".

Llegamos ahora al tema de nuestro trabajo: el delito continuado. Por lo pronto y a fin de completar la clasificación que se ha venido exponiendo, adelantaremos la definición que del mismo da Sebastián

Soler cuando afirma que es "el que se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley". (9)

EI ejemplo clásico en nuestro medio es el del dependiente de un almacén que en distintas ocasiones roba mercancía del mismo. (10)

Para concluir la primera parte de la exposición traeremos a colación la representación que, para fines didácticos, hace Bernardino Alimena, según la siguiente gráfica: (11)

| Delito instantáneo | Delito permanente | Delito continuado. |
|---|---|---|
| . | _____ | ..... |

EI punto representa la acción desarrollándose y perfeccionándose en un momento relativamente corto. La línea es la acción proyectándose en el tiempo, desenvolviéndose sin solución de continuidad, pero cada fracción de la misma es idénticamente violatoria y consumativa. Los puntos representan una serie discontinua de acciones, con circunstancias locales, modales y temporales propios de cada uno, pero que mutuamente se integran para constituir una sola agresión de conjunto al derecho, una unidad delictiva.

2.- Establecer los orígenes del delito continuado no es labor sencilla. Algunos autores pretenden encontrarlo en el derecho romano y otros lo determinan con posterioridad, haciendo referencia concreta a los prácticos italianos, principalmente a Baldo y Farinancio.

Como quiera que sea, la teoría de la continuación empezó a desarrollarse casi exclusivamente con relación al delito de robo, y sus primeros exponentes la aplicaron para evitar la pena de muerte que algunas legislaciones establecían para el autor del tercer hurto. De ahí que Carrara y Soler aseguren que el origen se encuentra en "la benignidad de los prácticos".(12)

Para los mismos la continuación presuponía la pluralidad o repetición de varias acciones, cada una de las cuales importaba una perfecta violación a la ley; pero, como de seguirse los consecuencias ordinarias debería considerarse la comisión de tantos delitos cuantas acciones se realizaron, desembocando en una acumulación de delitos y penas que podía resultar exorbitante, la teoría traía como consecuencia que se consideraron las diversas acciones como un solo delito continuado, "con el objeto de aplicarles una imputación global, más grave que la atribuible al delito único, pero nunca equivalente a la suma que resulta de la acumulación de las imputaciones correspondientes a cada infracción". (13)

Es claro que los prácticos italianos no desarrollaron la teoría de la continuación hasta el grado de evolución que ha alcanzado en nuestros días, pero ya esbozaban elementos a los que ahora se les acuerda gran relevancia. Así vemos como Baldo exigía, para que se pudiera unificar la acción, que existiera unidad de determinación por parte del sujeto activo. Otros hablaban de cierta similitud de las acciones y, otros más, se referían a violaciones de una misma ley penal.

Resultaría intrincado y, tal vez, ocioso, ir precisando la evolución de la teoría, por lo que sólo nos concretaremos a analizarla como modernamente se encuentra planteada. A tal fin, en principio, podemos dividir a los tratadistas que se ocupan de lo mismo, según den preponderancia a elementos objetivos o subjetivos. También cabe señalar que principalmente los autores alemanes e italianos son los que se han ocupado del tema, por lo que continuaremos este trabajo con el análisis de los mismos.

3.- La teoría de la continuación (o de la conexión continuada, como la llama Edmundo Mezger) (14) se desarrolló en Alemania sin que existiera fundamento especial y expreso en la ley, sino, más bien, fue obra de la doctrina y de la jurisprudencia.

Sin embargo, el apoyo legal indirecto se encontró en la fórmula usada pues para que el mismo se diese era necesario que existieran "acciones independientes" (Art. 70), de ahí que cuando los mismos no

se presentaran estas características, no había lugar a la acumulación material. El anterior es el punto de partida de la teoría, la cual concluirá considerando esas varias acciones independientes como una sola unidad delictiva.

Los autores alemanes que se ocupan de la continuación podríamos clasificarlos en dos grupos, según sostengan una postura subjetiva-objetiva, o se inclinen por la denominada objetiva pura.

A la primera postura pertenecen Lobe, Koholler, Gerland, Dorr y deriva fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal del Reich. Para estos autores, dos son los elementos de la continuación: Acciones homogéneas y dolo unitario. Por dolo unitario entienden aquel que de antemano haya abarcado en sí el resultado conjunto y debe estar dirigido a la realización, en distintos momentos, de dicho resultado, mediante varias acciones aisladas, pero no independientes, cada una de las cuales realiza el tipo. No es bastante "la resolución de voluntad genérica" de cometer delitos, sino el dolo debe abarcar de antemano el resultado conjunto.

La homogeneidad de las acciones debe ser objetiva, exteriormente determinable.

De lo anterior derivan como presupuesto, por regla general, la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico y que todas las acciones realicen la misma figura.

EI bien jurídico debe ser susceptible de una lesión gradual (Ejemplo, el patrimonio). Por lo que cuando se trata de bienes jurídicos "eminentemente personales", como la vida, el honor, la libertad, la honestidad, etc., sólo puede existir continuación si la persona ofendida es la misma.

La segunda postura, objetiva pura, es la preponderante entre los autores alemanes y se basa en ciertas características de las varias "acciones no independientes", que varían según cada tratadista, por lo que en seguida las expondremos sintéticamente.

Según Allfeld, las características del delito continuado son: Unidad de bien jurídico, conexión temporal y cierta conexión interna.

Para Liszt-Schmidt consisten en: Realización paulatina y repetida del mismo tipo penal, utilizando la misma ocasión o en dependencia causal de ella.

Franck las establece así: Actividad plural homogénea ligada por el carácter unitario del dolo o por el aprovechamiento de la misma ocasión, o de la misma relación permanente y dirigida contra el mismo interés (15).

Hippel-Honing las hacen consistir en: Varias acciones que realizan el tipo fundamental, siempre que hayan sido cometidas aprovechando la misma ocasión o por razón de ella.

Para Mezger son: Unidad del tipo básico, unidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y una conexión temporal adecuada; en los ataques personales, identidad de la persona ofendida.

Finalmente M. E. Mayer habla de: Unidad de ocasión y de conducta, substituyendo con ésta otros elementos a que aluden los anteriores autores, pues Mayer entiende la unidad de conducta como el que las diversas acciones parciales sean homogéneas en su realización, con independencia del artículo del código en que queden subsumidas.

4.- En Italia la teoría de la continuación, según se ha visto, se empezó a desarrollar con los prácticos y no es sino hasta 1953, (16) cuando legislativamente se establece el delito continuado (17). Su desarrollo se debe pues, a la doctrina y en menor grado a la jurisprudencia.

La postura de la doctrina italiana es preponderadamente subjetiva. Inclusive hemos visto como ya Baldo exigía, para que existiera la continuación, cierta unidad de determinación.

Quizá en Carrara se encuentre la primera exposición amplia de la teoría (18) y congruente con la construcción de su tratado, la derivación de los elementos del delito. Siendo dos estos elementos, el moral (intención) y el físico (acción), para poder hablar de multiplicidad de delitos son necesarias otras tantas multiplicidades de dichos elementos, de tal suerte que cuando existan varios elementos físicos (acciones) pero solo uno moral (por haber unidad de determinación), no existirán varios delitos, sino una unidad, salvo que no exista identidad de la ley violada. Si se pretendiera la existencia de varios delitos injustamente se imputaría varias veces un solo elemento moral.

Multiplicidad de acciones, unidad de determinación e identidad (o unidad) de la ley violada, son, para el maestro Pisano, los elementos esenciales del delito continuado.

Esta unidad es indispensable, asienta este autor, porque su diversidad "hace imposible, por ineludible consecuencia ideológica, el que se unifique la determinación; la resolución de violar una ley es ideológicamente distinta, en su origen y sus momentos, de la resolución de violar otra ley diversa; puede ser simultánea la concepción de esas violaciones, pero no única". Lo anterior no tiene más excepción sino el caso de que las violaciones se encuentren en relación de medio a fin, supuesto en el que se da lo que denomina "delito complejo". (19)

La unidad de determinación la concibe como una unidad genérica, proponiendo cambiar el término por el de "unidad de designio", más exacto a su parecer, pues, agrega, "todos y cada uno de los actos del hombre son necesariamente hijos de una determinación especial, pero propia, que aún cuando no sea más que la exteriorización de una determinación primaria genérica, es, no obstante, ideológicamente distinta de la determinación especial o próxima que dio forma al acto precedente".

La unidad de la ley violada la concibe como la realización del mismo tipo penal y en acepción tan restricta que la lleva a negar la continuación de la tentativa y consumación de la misma figura.

Innumerables son los autores italianos que se han ocupado de esta teoría y podría hacerse una breve referencia a la misma, puntualizando la postura dominante en relación a los elementos del delito continuado. Ellos son: Unidad de resolución, pluralidad de acciones e identidad de lesión jurídica.

***UNIDAD DE RESOLUCIÓN.-*** Este primer elemento ha recibido distintas denominaciones entre los tratadistas, pues además de la terminología de Carrara, algunos hablan, basándose a veces en la legislación, de "misma resolución criminosa", "mismo propósito criminoso", "mismo designio criminoso", etc.

Consecuente con su postura de preponderancia subjetiva, la doctrina italiana le acuerda singular importancia a este elemento y los criterios de los autores varían, según consideren el delito continuado como una mera ficción jurídica o como una realidad fáctica reconocida por la doctrina y, a veces, por la legislación. Lo anterior sin perjuicio de encontrar también una tercera postura que Eusebio Gómez denomina "realidad jurídica". (20)

Carrara, Pessina, Majno, Impallomeni, Alimena (Bernardino), Lucchini, Florian (21), De Márcico y otros, sostienen la realidad fáctica del delito continuado. Por el contrario Ferri, Manzini, Vianchini, Leone, Vannini, Altavilla, Maggiore, Pillitu, etc., niegan tal realidad, considerándolo como una ficción. Massari, Antolisei, Delitala y otros, pertenecen a la postura de la "realidad jurídica".

Los autores del primer grupo se muestran más exigentes con este primer elemento de la continuación, pues siendo fundamentalmente el que determina la unidad (fáctica y real) de las varias acciones (o pluralidad de acciones), deberá reunir características bastantes para hacer aparecer "en la conciencia del reo como una agresión sola la que ha de efectuar" (22), aunque subdivida la ejecución en múltiples acciones. La unidad de determinación deberá importar la concepción de una sola agresión al derecho cuya realización se fracciona en diversos momentos, por razones de conveniencia, oportunidad, etc. No es el

propósito genérico de cometer delitos indeterminados, ni tampoco equivale a identidad de resoluciones, "porque éstas presuponen varias resoluciones de la misma naturaleza, pero sucesivamente tomadas".

Los partidarios de la ficción jurídica, aunque reconociendo como indispensable la unidad de determinación la conciben en forma menos restringida que los anteriores y es en la concepción de la unidad de lesión jurídica en donde encuentran, indirectamente, una delimitación al primer elemento (23).

***PLURALIDAD DE ACCIONES.-*** Existe consenso casi unánime entre los tratadistas respecto a la concepción de este elemento llamando la atención en el sentido de que las múltiples acciones deberán ser por sí mismas violatorias del derecho y no deben confundirse con aquellos delitos que se integran con varios actos y momentos (homicidio cometido en riña, etc.), ni con los plurisubsistentes (de hábito) o, en fin, con los denominados complejos.

***UNIDAD DE LESIÓN JURÍDICA.-*** Conforme al Código Italiano existe delito continuado cuando alguien "con varias acciones u omisiones de un mismo proyecto criminoso, comete, aun en tiempos diversos, varias violaciones de LA MISMA DISPOSICIÓN DE LA LEY". Esta expresión de la ley (stessa disposiciones di legge) viene a constituir el elemento que nos ocupa y se entiende de diversa manera por los tratadistas italianos, según su personal interpretación, encontrando posturas de concepción harto restringidas, como la de Carrara, hasta otras mucho más comprensivas como la de Manzini. (24). La reforma del artículo transcrito adicionándole en su parte final la frase: "aunque de diversa gravedad", vino a ampliar el concepto de este elemento, por lo que los criterios llegaron más o menos a unificarse. Así, para que existiera delito continuado, se estimó que no era necesario que las múltiples acciones fueran violatorias del mismo artículo o inciso, sino que bastaba que encuadraran en un tipo básico. De esta manera será posible la continuación entre robo simple y calificado, o entre un delito consumado y uno tentado; pero no la habrá, por ejemplo, entre robo, y fraude o abuso de confianza.

***UNIDAD DE SUJETO PASIVO.-*** Para algunos autores esta unidad se conecta o deriva del primer elemento del delito continuado (unidad de determinación), en tanto que otros la refieren a la unidad de lesión jurídica. Siguiendo a Sebastián Soler (25) podríamos clasificarlos en tres grupos diversos. 1o. – Los que consideran esa unidad como absolutamente innecesaria; 2o. - La postura opuesta o de la imprescindencia de la unidad, y; 3o. - Los que la consideran necesaria sólo en algunos casos.

A la primera posición pertenece Carrara pues admite la continuación, dándose los restantes elementos, aún en los casos de homicidio y lesiones.

La postura opuesta la encontramos en Lucchini, extraviada según Manzini y Soler, porque se basa sobre la inexactitud de la concepción del objeto jurídico del delito.

Finalmente encontramos la tercera postura mencionada y que es la dominante en Italia (26). Para sus sostenedores la unidad de sujeto pasivo ordinariamente no será necesaria para la continuación, pero existen casos excepcionales en que la falta de esta unidad importará la multiplicidad de resoluciones. La unidad de resolución no puede existir, afirma Impallomeni, en los delitos que directamente ofenden a la persona (delitos contra la vida, la salud, el honor, el pudor y la libertad, según este autor) (27). Alimena asegura que el delincuente no puede pasar de la ofensa de un sujeto pasivo a la de otro, sin una particular determinación, en los delitos contra la persona.

***5.-MÉXICO.- a) DOCTRINA.-*** En nuestro país, en un principio la teoría de la continuación no era estudiada por la doctrina, ni mucho menos reconocida por la legislación. Lentamente, después de graves confusiones iniciales, se ha desarrollado hasta llegar a plasmarse en algunos ordenamientos positivos y anteproyectos de ley.

Ricardo Abarca (28) asegura que el delito "continuo" se opone en la doctrina o al delito instantáneo y que existen dos formas de continuidad: real e ideal. La primera viene a constituir lo que

nosotros hemos señalado como delito permanente y la ideal, asienta, "se establece por la intención de la gente en la cual se ligan los acciones de delitos cometidos sucesivamente", proporcionando como ejemplo el del empleado de un almacén que roba diariamente a su patrón alguna mercancía. No viene a ser otro este delito "continuo ideal" que el continuado (29).

No estando previsto en el Código de 1871 (30) el delito continuado, su determinación correspondió a la Jurisprudencia. Abarca asegura que como el Código mencionado, en los casos de concurso real de delitos, ordenaba se impusiera la pena del delito mayor pudiendo aumentarse hasta una tercia parte de su duración, resultaba que en algunos casos de continuación, en los que las múltiples acciones merecían (aisladamente consideradas) una penalidad mínima, el delincuente se veía grandemente favorecido si se estiman los casos como de concurso real. En cambio, como la continuación vendría a unificar las acciones, la unidad delictiva se sancionaría más gravemente que la reiteración. Refiérese el autor a casos de robo en los que los múltiples apoderamientos importan una lesión patrimonial ínfima, pero de su adición resulta un detrimento de gran consideración. "En estas condiciones, expresa el maestro Abarca, el acusado se esforzaba por establecer la independencia entre estos diversos delitos, mientras el juzgador para que no quedara impune la totalidad de la conducta delictiva del agente, se esforzaba por establecer la unidad de intención en los diversos delitos cometidos y ,encajar la teoría de continuidad ideal (delito continuado) dentro del precepto, a pesar de que literalmente los juristas entendían que dicho precepto solamente se refiere a la continuidad real (delito permanente)". (31).

Para el autor, a diferencia de lo sucedido en Italia, la teoría se desarrolló no con la finalidad de "benignidad" de los prácticos, sino precisamente al contrario.

El Código de veintinueve, para corregir esta deficiencia, definió el delito continuo en los siguientes términos (Art. 31): "aquel en que se prolonga por más o menos tiempo la acción o la omisión que constituyen el delito. Para apreciar la continuidad, se deberá tener en cuenta no sólo

las acciones materiales, sino la intención del delincuente". Con esta definición ADMITIÓ FRANCAMENTE la continuidad ideal. (32). Además, habiendo introducido un cambio en el sistema para sancionar el concurso real ordenando se impusiera la pena del delito mayor, "aumentada hasta la suma de las penas de todos los delitos cometidos, también evitó la impunidad en estos casos".

O sea, (comentamos) que en la práctica se operó un cambio diametral. Quienes deberían "esforzase" ahora en demostrar la continuación, serían los acusados.

Finalmente agrega: "el Código vigente (1931) volvió a la definición del Código de setenta y uno; pero cambiado el sistema de acumulación, ya no tiene importancia la cuestión de la acumulación real. En efecto si es posible acumular las penas de todos los delitos hasta la suma de ellas, pero sin exceder de treinta años, para el reo resulta indiferente que se trate de un solo delito".

Lo anterior, además de que resulta falso que el problema se presente en nuestros días indiferente al acusado, (porque lo demuestra la gran variedad de cosas que se pueden presentar y se presentan en la práctica, en los que admitir o no la continuación importa una modificación en la penalidad (33), no parece correcto tratar los temas del Derecho Penal con miras exclusivas a la conveniencia o no de los acusados.

El Dr. Raúl Carrancá y Trujillo en su obra "Derecho Penal Mexicano" (34), al tratar el tema alude brevemente a algunos autores italianos (Pessina. Manzini, Florián y Alimena), resaltando su inclinación subjetiva y toma posición a favor de la teoría alemana objetiva pura por parecerle la más acertada. Respecto a la legislación penal estima que ninguno de los códigos (1871, 1929 y 1931) define el delito continuado, pues cuando hablan de delito "continuo", se refieren al permanente. Finalmente, por "estimarlos certeros" reproduce algunos comentarios de Mariano Jiménez Huerta.

Este autor en su artículo "El delito continuado y la Legislación Mexicana" (35) estima que nuestra legislación federal pertenece a las que formulan en su articulado el delito continuado, aunque reconociendo que la letra de la ley "en forma alguna puede hacer referencia a esa pluralidad de acciones que constituyen la base natural del delito continuo" (36) ni tampoco en la continuación la acción se prolonga sin interrupción en el tiempo. El grave escollo pretende salvarlo aduciendo: que la ley establece "un superior concepto de carácter esencialmente jurídico-valorativo", el que aún no precisando las bases de facto, sí sienta "los presupuestos sobre los que ha de funcionar el juicio valorativo, fijando las bases que determinen la conexión continuada de las diversas acciones para que, en cada caso concreto, pueda el juzgador, bien valorizarlas en una unidad jurídica, o bien apreciarlas como acciones distintas sin ninguna relación". Las objeciones que pudieran hacérsele a lo anterior, creemos no escaparon a la clara inteligencia de este autor, por lo que con posterioridad rectifica su criterio.

En su "Panorama del delito" (37), claramente asegura que la legislación mexicana no define ni se refiere al delito continuado, pues cuando habla de "delito continuo" alude al delito permanente. En esta obra el autor se inclina por la teoría objetiva pura y en su concepto la ley bien podría adoptar la fórmula de Liszt-Schmidt, que antes hemos anotado.

Posteriormente Jiménez Huerta analiza con mayor amplitud el delito continuado en "La Tipicidad" (38). Aquí su criterio continúa siendo preponderantemente objetivo pero no sin agregar elementos subjetivos, según se desprende cuando afirma que "la común raíz orgánica que vivifica el fenómeno de la continuidad delictiva, se manifiesta, unas veces, en la unidad de plan ideativo, y otras, en la identidad de ideación que motiva las varias acciones". Por otra parte, aunque parece inclinarse a considerar el delito continuado como una realidad fáctica, en el fondo lo estimamos partidario de la "unidad jurídica". Esto parece confirmarse cuando expresa: "La unidad jurídica que integra una pluralidad de conductas naturales no es afirmada ante la simple existencia de varias conductas penales que fictamente se interpretan como una sola por

razones de economía oportunista o de protección delincuencial, sino ante los claros relieves unitarios que dicha pluralidad ofrece y que descubren que las diversas conductas son exponentes de un singular fenómeno jurídico penal". "La singularidad delictiva surge cuando en el instante de 1a subsunción se afirma y declara que las conductas enjuiciadas a pesar de su reiteración naturalística integran jurídicamente, debido a su realística cohesión, la unidad delictiva simbolizada en la conducta principal que cada tipo describe".

Constancio Bernaldo de Quiroz (39) se inclina también hacia la postura objetiva y considera características del delito continuado las siguientes. Pluralidad de delito de la misma especie, que por las condiciones de tiempo, de lugar, de los medios de ejecución u otras semejantes, "los subsiguientes pueden ser considerados como continuación del primero".

Ignacio Villalobos habla de delitos continuos como contrapuestos a los instantáneos y agrega que: "El delito continuo admite dos subespecies que son: el delito continuado y el permanente". (40)

Según su criterio, el delito continuado nunca ha sido previsto por la legislación federal sino únicamente el permanente. En cuanto a la constitución, se inclina por la tendencia objetiva y considera "la unificación continuada como totalmente artificial".

Luis Garrido, Ricardo Franco Guzmán, Celestino Porte Petit y otros han contribuido al desarrollo de la teoría, plasmándose su pensamiento en algunos proyectos de ley y ordenamientos positivos, según se verá. La postura sustentada es la objetiva-subjetiva.

***b) LA JURISPRUDENCIA.-*** Por lo que respecta a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podría afirmarse que en la misma, el desarrollo de la teoría de la continuación guarda cierta semejanza con su desarrollo en la doctrina. En un principio adolece de graves confusiones, para modernamente desarrollarse, a veces adoptando la postura alemana objetiva y, otras, la subjetiva-objetiva.

Para fundar nuestras aseveraciones y en vía de ejemplo, transcribiremos algunas ejecutorias.

"Haciendo abstracción de los puntos de diferencia que se encuentren en las teorías sustentadas por los tratadistas, se advierte que todos consideran como elemento esencial del delito continuo, que los DIVERSOS ACTOS que, aisladamente, pueden POR SI SOLOS CONSTITUIR UNA INFRACCION, ESTEN UNIDOS POR LA MISMA INTENCION DELICTUOSA Y POR LA MISMA NATURALEZA DEL OBJETO, es decir, que exista unidad de relación y de fin; y si bien estos preceptos no pueden estimarse como universales, si puede asegurarse que son los de la doctrina dominante, conforme a la cual debe interpretarse el artículo 28 del Código Penal del Distrito Federal (de 1871); pues de otro modo, multitud de delitos formados por diversos actos, de la misma naturaleza, pero separados por un intervalo de tiempo más o menos largo, deberían ser castigados, tantas veces cuantos fueran los actos constitutivos de la infracción, lo que reprueban de consumo la razón y la ciencia jurídica. (T. XII, pág. 824) (1923).

La resolución se refiere al delito continuado y se pretende que se encuentra previsto por el Código de 1871.

"Los delitos tienen el carácter de continuos, no por la existencia material de una serie de actos iguales, ni por la repetición del mismo acto, sino porque exista un mismo estado de actividad o de inercia; porque esté probado que hay un estado de ánimo real, efectivo, existente, que venga a unir entre si todas esas infracciones individuales, haciendo de ellas un todo, desde el punto de vista de la intención, ya que desde el punto de vista material, cada una de ellas tiene su individualidad propia. Habrá delito continuo, por ejemplo, cuando una persona se hace nombrar para un empleo, con la intención de valerse de él para sustraer fondos, y también en el caso de acuerdo de dos empleados para tomar fondos, cada vez que determinada ocasión se presente; pero si el empleado tomó indebidamente dinero un día y después de cierto tiempo repite ese acto, este no tiene relación alguna con el primero; no hay delito continuado, sino individualidades distintas de delitos, y los hechos deberán ser castigados conforme a la regla de acumulación de las

penas, para cuando se cometen diversos actos delictuosos". (Suplemento del Semanario Judicial de la Federación del año de 1933. Pág. 40).

Oscuridad, imprecisión y confusión encontramos en este fallo.

***"DELITO CONTINUO.-*** En torno de la noción sobre la naturaleza de esta modalidad del delito, existen dos teorías: la objetiva y la subjetiva. La primera llamada también de la unidad física, la hizo consistir en que la continuidad de la infracción depende de la prolongación de la acción constitutiva del delito, de tal manera que éste no cesa sino cuando aquello acaba. La segunda teoría, llamada también de la unidad moral, la hacía consistir en que aún cuando existieran diversos actos y cada uno fuera por sí mismo, suficiente para constituir la infracción penal, siendo ligados todos ellos por la misma unidad de concepción, de resolución y de objeto, no deberían considerarse tantos delitos como actos ejecutados, sino una sola infracción para los efectos, principalmente, de la penalidad, de la prescripción y de la jurisdicción represiva. A pesar de la claridad de estas nociones, se han suscitado prolongadas discusiones, y las legislaciones positivas, se han pronunciado por uno o por otro sistema. A esta confusión se ha agregado la concepción del delito permanente, en el que algunos tratadistas han comprendido el de rapto, pero no debe perderse de vista que el delito permanente no es el equivalente del delito continuo y opuesto al instantáneo. El permanente tiene como rasgo característico que la lesión jurídica se extiende y precede después de la consumación del delito. En otros términos, en el delito permanente, no es la acción constitutiva del delito lo que se prolonga o se reitera, sino la lesión jurídica, o mejor dicho el estado antijurídico creado por la infracción. Así, en el robo, del delito instantáneo, (aún cuando puede presentarse como continuo, como es el criado que se apodera en diversas ocasiones de las propiedades de su patrón), se origina, un estado permanente en la lesión del bien jurídico que el legislador represivo se propone proteger; en el homicidio y en las heridas, delitos indudablemente instantáneos, la lesión a la integridad personal se prolonga más allá de la ejecución del acto constitutivo de la infracción, y lo mismo puede decirse de otros delitos, pudiendo llegarse a esta conclusión: los efectos del delito o el

estado ilícito creado por él, pueden extenderse o prolongarse después de la ejecución del acto delictuoso, pero nada autoriza a confundir o identificar a éste o aquellos y sostener que el delito permanente es equivalente al continuo, como opuesto al instantáneo." (Tomo LXXV del Semanario, pág. 108, año 1943).

La influencia de la doctrina francesa nos parece clara.

La teoría o delito continuo objetivo, real o físico, son todas denominaciones que encierran el concepto de lo que nosotros entendemos por delito permanente; en tanto que, la teoría o delito continuo subjetivo, ideal o moral, son expresiones que encierran la idea del delito continuado.

La ejecutoria habla de la concepción del delito permanente coincidiendo la misma con la que corresponde al delito instantáneo de efectos permanentes. Por último, se habla de que "las legislaciones positivas se han pronunciado por uno u otro sistema", idea que no conseguimos entender cabalmente, pues parece significar una situación disyuntiva que no se compadece con la realidad.

La Suprema Corte de Justicia, con posterioridad, ha llegado a determinar las siguientes cuestiones.

Nuestra legislación penal (Códigos Federales de 1871, 1929 y 1931) no prevé el delito continuado.

EI "delito continuo" a que la misma se refiere es el que la doctrina moderna conoce como delito permanente.
Ha señalado claramente las características y diferencias de los delitos instantáneos, de los instantáneos de efectos permanentes y de los permanentes propiamente tales. (41)

Por lo que hace al delito continuado, aunque claramente diferenciado de los anteriores, no se ha tratado con amplitud suficiente que pudiera significar alguna orientación a este trabajo.

Principalmente con relación a dos cuestiones (prescripción y penalidad aplicable) nuestra Suprema Corte ha llegado a establecer la continuación, aunque los ordenamientos positivos no la prevean y nosotros queremos ver en tal postura el reconocimiento de la realidad fáctica del delito continuado.

Por último, debe señalarse que no existe un criterio uniforme sobre la continuación, pues, en ocasiones se inclina por el criterio objetivo puro de los alemanes y, en otras, la postura objetiva-subjetiva tiene preferencia. (42)

Salvadas las confusiones iniciales, el horizonte se presenta despejado. Vemos o mejor, prevemos que en un futuro próximo se delimitarán con precisión las cuestiones, profundizándose en el estudio de las mismas y se tratarán de manera directa (43), por lo que en sus fallos. Los estudiosos del derecho encontraran valioso orientación.

***6.- LEGISLACIÓN.-*** No contamos con la información suficiente para presentar un panorama de Derecho Comparado en relación al delito continuado, por tanto, solamente apuntaremos nuestras pocas noticias.

Puede asentarse como primera afirmación general que la inmensa mayoría de los códigos del mundo no prevén la figura.
Como excepciones tenemos las legislaciones de Italia, Holanda, Suecia, y Finlandia que si establecen con precisión el delito continuado (44).

En América, varios son los ordenamientos que se ocupan de la figura.

***BRASIL.- Art 51.-*** "Cuando el agente, mediante más de una acción u omisión, practica dos o más delitos de la misma especie, y por las condiciones de tiempo, lugar, de manera de ejecución y otras semejantes, deben ser tenidas los subsiguientes como continuación del primero, se impone la pena señalada para uno solo de los delitos, si ellos son iguales, o la más grave, si son diferentes, aumentadas siempre de un sexto a dos tercios".

***COLOMBIA.- Art. 32.-*** "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad".

***COSTA RICA.- Art. 50.-*** "Se considera también como un solo delito la infracción repetida de la misma ley penal, cuando revelase ser ejecución de un designio único, y tal repetición podrá ser apreciado como circunstancias agravante".

***CUBA.- Art 23.-*** "La pluralidad de infracciones de un mismo precepto en tiempos distintos, constituirá un solo delito o una contravención de carácter continuado, si al ejecutarlo hubiere obedecido el agente a una sola determinación criminal genérica común a todas las infracciones; pero la sanción se aumentará de una cuarta .parte a la mitad a juicio del tribunal, teniendo en cuenta la peligrosidad del agente demostrada por el número de infracciones y por circunstancias concurrentes en las mismas".

***HONDURAS.- Art. 78.-*** Varias violaciones de la misma ley penal cometidas en el mismo momento de acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado". (45)

***PANAMÁ.- Art. 74.-*** "Se considera como un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio; pero la pena se aumentará, en ese caso, desde la sexta parte hasta la mitad".

***PARAGUAY.- Art. 48.-***"Se considera que no hay sino un hecho punible: ... 2º.- Cuando se trate de la misma ley penal, cometido en el mismo momento de acción, o en diversos momentos, como actos ejecutivos de la misma resolución criminal".

***PERÚ.- Art. 107.-***"Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieren sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución

criminal, se considerarán como un solo delito continuado, y se reprimirá con la pena correspondiente a este". .

***URUGUAY.- Art. 58.-***"Varias violaciones de la misma ley penal cometidas en el mismo momento o en diversos momentos, en el mismo lugar o en lugares diferentes, contra la misma persona o contra distintas personas o contra distintas personas como acciones ejecutivas de uno misma resolución criminal, se consideraron como un solo delito continuado, y la continuación se apreciará como una circunstancia agravante".

***VENEZUELA.- Art. 99.-*** "Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidos en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad".

## *PROYECTOS DE CÓDIGOS EN AMÉRICA.*

EI de Manuel López Rey Arrojo para lo República de Bolivia, del año de 1943.

"Se estimará que no hoy pluralidad de delitos, sino un solo delito continuado, correspondiéndole por tanto una pena única y si necesario fuere medida o medidas de seguridad, cuando mediante conductas homogéneas temporalmente unidas entre sí se cometa fundamentalmente el mismo delito, lesionando al mismo bien jurídico.

La identidad del titular del bien jurídico lesionado, es solo exigible en los delitos contra las personas".

EI de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez para la República Argentina, del año de 1937.

"(Art. 75).- Si con varios hechos ejecutivos de un mismo designio se cometen aun en distintos momentos, varias violaciones de la misma disposición legal, no regirán los disposiciones sobre el concurso de delitos".

EI de José Peco de 1941 para la República Argentina.

"AI que con dos o más acciones u omisiones ejecutivas del mismo designio delictuoso cometiere varias violaciones de la misma ley penal, incluso de distinta gravedad, se le considerará como autor de un delito único continuado, aunque hubiere diversidad de medio, modo, lugar, tiempo o persona".

***LEGISLACIÓN MEXICANA.-*** En la nota número 30 se transcribió el artículo 28 del código de 1871 y se hizo alusión de la reforma introducida por el código de 1929 cuando hablamos de la opinión de Ricardo Abarca. EI Código vigente de 1931 contiene una disposición semejante al Código mencionado en primer término. Debemos concluir que la legislación federal no contiene la prevención del delito continuado.

***LEGISLACIÓN LOCAL.-*** Los Códigos Penales de Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Guerrero, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas no establecen el delito continuado, sino que, siguiendo al Código Federal de 1931 se concretan a establecer el delito permanente.

Los Códigos de los Estados de Chihuahua, Jalisco y Oaxaca no contienen disposiciones sobre el delito continuado, ni tampoco sobre el permanente.

EI Código de Durango establece en el artículo 15: "delito continuo es aquel en que la acción o la omisión que lo constituyen se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo; o en que el agente comete varias violaciones de la misma disposición legal, ya sea que éstas se ejecuten en uno o en distinto tiempo, siempre que ellas procedan de la misma resolución criminal".

La primera parte se refiere al delito permanente y la segunda al continuado, aun cuando adolece del error de considerar que los

múltiples violaciones puedan cometerse en un solo tiempo, hipótesis en la que puede darse el concurso ideal, más nunca la continuación.

El Código de Morelos contiene prevenciones muy semejantes al anterior, difiriendo únicamente en que en lugar de "uno o en distinto tiempo", reza "un solo o distintos momentos".

El Código del Estado de México está formulado en términos muy semejantes al de Guanajuato.

El Código de Sonora contiene prevención idéntica al Código Federal de 1929.

El de Tamaulipas establece (Art. 19): "cuando el delito se cometió en varios actos con una sola intención criminosa".

El de Veracruz (1948) lo establece en los mismos términos del Código Federal de 1929. En el Código anterior se definía en el artículo 18 de la siguiente manera: "Se considerará para los efectos legales, infracción de carácter continuado aquella que se ejecuta mediante realizaciones repetidas en porciones del mismo tipo penal utilizando la misma ocasión o en dependencia causal de aquélla".

El Código de Michoacán establece el delito continuado (Art. 8º.): "Cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal".

***GUANAJUATO.-*** EI Código de julio de 1871, basado en el proyecto del Lic. Andrés Tovar, no contenía ninguna disposición sobre el delito continuado ni tampoco sobre el permanente.

El Código de 1880 contiene prevenciones idénticas a las de su modelo: el Código Federal de 1871.

El de 1933, en su artículo 15 dispone: "No hay acumulación cuando los hechos constituyen un delito continuo o reiterativo o cuando en un solo acto se violen varias disposiciones penales".

El Código vigente (1956) contiene un artículo idéntico al anterior.

***PROYECTOS DE CÓDIGOS FEDERALES.-*** El conocido como de 1949 en el artículo 18 establece: "Es delito continuado aquel en que el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales precedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal".

El de la comisión de estudios penales de la Procuraduría General de la Republica, integrada por Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón, Vasconcelos, Celestino Porte Petit y Manuel Río Govea, en su artículo 10 expresa: "el delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos. El delito es permanente cuando lo consumación se prolonga por más o menos tiempo. El delito es continuado cuando existe pluralidad de conductas o hechos con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica".

Finalmente, el proyecto formulado por la Procuraduría General de Justicia en colaboración con las Procuradurías de Justicia de las Entidades Federativas de nuestro República, en su artículo 22 dispone: "Se considerará como un solo delito, la pluralidad de conductas o hechos con el mismo designio delictuoso e identidad de lesión jurídica, incluso de diversa gravedad".

***7.- CONCLUSIONES.-*** Respecto a la terminología nos parece más adecuada la de "delito continuado", no sólo porque sea la unánimemente adoptada por la doctrina moderna, sino además porque evita confusiones a que se prestan otras expresiones.

Por otra parte, no parece correcto ni adecuado considerar el delito continuado y el permanente como subespecies de un grupo opuesto al instantáneo, pues tan opuesto es el primero al segundo como al tercero, que el permanente al primero como al último, etc.; de ahí que prefiramos la clasificación tripartita que al principio propugnamos, pues cada uno de ellos presenta características propias que justifican esta separación.

Diferenciando el delito continuado de los anteriores, resulta ahora conveniente distinguirlo del concurso formal o ideal. Lo anterior resulta sencillo y claro si se considera que mientras el concurso se caracteriza por la existencia de una sola acción que se polariza en varios resultados, la continuación exige varias o múltiples acciones, cada una de las cuales tendrá un resultado propio. Única acción y múltiples acciones serán pues, las notas distintivas fundamentales.

La continuación debe diferenciarse también de otras figuras asimiles.

Existen algunos delitos en los que la acción se integra por varios actos y momentos que aún cuando en apariencia importarían varias acciones, en realidad vienen a subsumirse en una sola unidad a virtud de ciertas relaciones de tiempo, de consunción, etc., que entre si guardan.

Así, para llegar a un homicidio (causado con arma cortante, por ejemplo) podrá ser necesario el inferimiento de varias lesiones que importaran en actos y momentos distintos a la muerte misma, pero la unidad de la acción no se pierde; no existe sino una sola acción y un solo delito (relación de consunción).

Piénsese en los casos de robo en los que el sujeto toma varios objetos colocados en lugares distintos de un domicilio que aun cuando el delito se verifique por medio de varios actos, la unidad delictiva aparece perfecta, no solo por la íntima conexión temporal, local, etc., que guardar los mismos, sino además porque, dadas tales conexiones, al derecho le resulta indiferente el número de movimientos corporales realizados por el ladrón y solo le interesa el monto de la lesión patrimonial. La figura bien podría estar establecida como "el apoderamiento de una o varias cosas ajenas, etc.", pues la tutela no existe en razón de los bienes individualmente considerados.

Claro está que las conexiones antes referidas deberán apreciarse en cada caso concreto tomando en consideración todas las circunstancias que a él concurran. Así, por ejemplo, si el ladrón al abandonar el

domicilio recuerda la existencia de un objeto valioso que se halle en el otro extremo y regresa apoderándose del mismo, no parece que se rompa la unidad de la acción, sigue siendo un solo contexto de acción, por tanto un solo delito; pero si, en cambio, abandonada la casa regresa al día siguiente y encontrándola de nuevo sin vigilancia, penetra y roba en la misma, no se puede ya hablar de unidad de la acción.

Lo mismo sucedería, por ejemplo, en el caso de que pretendiéndose privar de la vida a alguien se realizaran varios actos consecutivos que resultaron frustrados (varios disparos que no dan en el blanco o al fallar un arma se hace uso de otra que se llevaba prevenida), en los que existiría un solo delito, una sola tentativa. Ni qué decir si el último acto llega a la consumación del resultado querido, pues se establecería claramente una relación de consunción.

Además de las figuras analizadas el delito continuado debe distinguirse de los complejos (o propiamente compuestos, según Ignacio Villalobos) entendidos como aquellos que se integran por varias acciones cada una de las cuales en sí mismas son constitutivas de una infracción, pero que vienen a formar un elemento o circunstancia calificativa de la infracción que de su edición resulta.

Existen entonces algunos delitos complejos que se asemejan al continuado, (46) puesto que ambos presuponen varias acciones en sí mismas constitutivas de delito, pero su distingo se encuentra en que en la continuación las acciones deben guardar cierta similitud, de tal suerte que unidas (real o fictamente) vienen a formar un delito de la misma especie que sus componentes; en tanto que en el delito complejo las acciones no guardan entre sí ninguna similitud. Esas acciones (delitos) disimiles son elementos constitutivos de una figura que vendrá a ser de especie distinta a sus componentes, o bien alguna de esas acciones tiene el carácter de delitos o tipo base y la o las restantes sufrirán una mutación en su naturaleza: vendrán a transformarse en calificativas del delito base.

EI delito continuado se diferencia del delito de hábito (o plurisubsistente, según algunos autores) en que las varias acciones del

primero, en sí mismas y aisladamente consideradas son constitutivas del delito, no así en el segundo. Así vemos, por ejemplo, que la figura prevista en el primer párrafo de la fracción V del artículo 340 del Código del Estado, se constituye por la reiteración de una conducta (tres o más compras) que aisladamente consideradas (una sola compra) no es delictuosa.

Por último, la continuación debe distinguirse del concurso real de delitos, más para ello se hacen necesarias varias consideraciones pues entendemos que este punto nos coloca en el verdadero quid del tema.

Existen varios autores que consideran la continuación como una mera ficción (doctrinaria o legislativa), interesándonos destacar aquellos que decididamente se pronuncien en contra de la teoría: Ferri, Leone, Bianchini y Hopfner. (47)

Sin detenerse a analizarlos podríamos asentar que para estos tratadistas los casos de continuación no son sino casos de concurso real y estiman que la teoría no tiene razón de ser, proponiendo su desaparición (48). Ven el delito continuado todas y cada uno de las características del concurso sin encontrar ninguna diferencia.

La postura anterior no nos parece del todo correcta como en seguida veremos. El concurso real presupone una reiteración de infracciones cuyos elementos aparecen claramente diferenciados. Diremos, usando expresiones de algunos ordenamientos positivos, que se trata de hechos distintos. Independientes o cometidos con designios distintos. Esta distinción o independencia puede deducirse de apreciaciones objetivas subjetivas o bien de ambos. Así vernos, por ejemplo, que el que roba el arma con que mata a su enemigo, realiza dos acciones o conductas distintas, bastando uno apreciación meramente objetiva para que derivemos la reiteración. A la misma conclusión llegaríamos en el caso del que mata a dos enemigos por medio de dos o más disparos de arma de fuego, aun cuando en el caso tendríamos que basarnos en apreciaciones preponderantemente subjetivas.

Asentado lo anterior bastaría con recordar las bases de que parte la teoría carrariana de la continuación y la de la teoría alemana, para concluir que el delito continuado y la reiteración no son figuras perfectamente asimilables. La unidad de determinación constituye, para nosotros, su nota diferencial. Claro es que deberá concebirse la misma en forma bastante restringida a fin de que realmente venga a prestar identidad o unidad a las varias acciones del delito continuado, de tal manera que dejen de ser distintas o independientes. Debe ser tal que nos lleve a considerarlas como momentos o fracciones de una sola acción.

Por eso no nos podemos inclinar por la teoría objetiva pura ya que descuida la diferencia esencial con la reiteración. No olvidamos que las exigencias objetivas de la teoría, en el fondo podrían importar la unidad de determinación en el sujeto, pero por muchas que sean esas exigencias siempre quedará un remanente importante de casos que serían encuadrables en la reiteración.

Nos declaramos pues, partidarios de la teoría objetivo-subjetiva, entendiendo sus elementos de la siguiente manera.

***UNIDAD DE DETERMINACIÓN.-*** Además de lo que se ha asentado con relación o este elemento, de acuerdo con la doctrina italiana y de lo expuesto sobre el "dolo unitario" de los tratadistas alemanes, únicamente agregaremos que en todos aquellos casos en que la determinación no ha abarcado todas las acciones que se hubieren verificado, negaremos la continuación. Desde luego que no queremos significar que deba de haberse previsto con precisión todas las acciones, incluyendo las circunstancias locales, temporales y modales que a cada uno concurran, pero la unidad de determinación debe ser tal que nos demuestre encontrarnos ante una sola agresión al derecho (fraccionada o dividida) y no ante varias agresiones. Las acciones deberán ser subsumibles en un plan genérico de agresión al derecho.

No perdemos de vista que, como lo afirma el insigne clásico Francisco Carrara, cada acción requerirá de una particular e inmediata

determinación, de una especial manifestación de voluntad, más todas deberán formar "una única conciencia de delito" o sea una sola determinación que las abarque y concebidas y previstas con antelación a la ejecución de las acciones mismas.

Así, negaremos la continuación en el caso de varios apoderamientos de un dependiente en bienes de su patrón, si la finalidad de enriquecimiento se supedita a exigencias o necesidades del ladrón que se van presentando con cierta sucesión temporal; pues aquí, las especiales determinaciones de cada acción no vienen a tomar o integrar una unidad preconcebida, quedando aisladas, independientes entre sí, ya que nacen y se desarrollan conforme las tales exigencias o necesidades se vayan presentando. En cambio, en el caso de un fraude verificado por medio de un sorteo en el que existan varios sujetos pasivos y por tanto varias acciones de engaño que respondan a una concepción unitaria, la continuación nos parece indudable.

Desde luego que la solución de los casos concretos requiere una labor delicada y que está muy lejos de ser sencilla, pero esto no nos autoriza a abandonar la teoría como algunos pretenden, pues así no se soluciona sino se rehúye el problema.

***PLURALIDAD DE ACCIONES.-*** Nada hay que agregar a lo expuesto al respecto, si acaso recordar las distinciones que se asientan al inicio de este número cuando se trataron las figuras asimiles a la continuación.

***UNIDAD DE LESIÓN JURÍDICA.-*** Nos remitimos a lo asentado cuando tratamos la doctrina italiana. Lo que quiere decir que entendemos esta unidad de lesión cuando se verifique a través de delitos de la misma especie, aun cuando de diversa gravedad. También admitiremos la continuación entre un delito consumado y uno tentado, pues la unidad de lesión no se pierde si consideramos que en la tentativa lo que en el fondo se agrede es el bien jurídico tutelar por la figura a cuya consumación se tendía. En realidad las disposiciones legales relativas a la tentativa no son sino amplificadoras del tipo, que captan conductos anteriores a la consumación. (49). La tentativa sin una conexión teleológica con cierto tipo o figura sencillamente no existe.

Negaremos en cambio la continuación cuando se trate de infracciones de especie distinta por la clara razón de que nada puede prestarle identidad a lo que objetivamente se presenta como distinto.

Algunas veces se ha discutido la posibilidad de que exista tentativa de un delito continuado (robo continuado, etc.) Sin que nos surja duda alguna sobre la posibilidad de la misma. No insistimos en el tema por las pocas implicaciones prácticas que encierra.

***UNIDAD DE SUJETO PASIVO.-*** Entendemos que la cuestión se relaciona íntimamente con el primer elemento de la continuación y con anterioridad se aludió a los criterios de Impallomeni y Alimena. Sólo agregaremos lo que sobre el tema expone Sebastián Soler por estimarlo absolutamente exacto y certero. (50) Al autor le parece inconcebible que en algunos figuras (como homicidio o lesiones) el delincuente en un solo acto resolutivo pueda determinarse a la ofensa sucesiva de varias personas. "Hay en cada ser humano, agrega, una autonomía absoluta de los demás, con relación a ciertos bienes, de modo tal, que al violarse éstos en personas distintas, el sujeto activo tiene, necesariamente, una representación de esa autonomía". Finalmente sintetiza su pensamiento al expresar, "la unidad de sujeto pasivo no es necesario para la existencia del delito continuado; pero cuando el delito se dirige contra los bienes que sólo en la persona de su titular pueden violarse, la diversidad de sujetos pasivos entraña diversidad de resoluciones, que rompen la continuación, salvo alguna rarísima excepción, y salvo también cuando el tipo de delito requiera, admita o presuponga la pluralidad de sujetos pasivos".

La rarísima excepción la encuentra en el caso del que, atacado por una multitud, repele la agresión excediéndose culposamente en la defensa y causando múltiples homicidios o lesiones.

Encerrado el delito continuado dentro de los límites que se han dejado asentados, aparece indudable su existencia fáctica real y, por ende, su neta distinción con el concurso real de delitos.

Acerca del modo de sancionarse obviamente se concluye que merece una sanción menor que el concurso pero más grave que si se tratara de una infracción realizada con una sola acción. En efecto, el robo de cien pesos cometido por medio de un solo acto ejecutivo aparece menos grave que la misma agresión fraccionada en varias acciones, pues en el último caso existe una persistencia en el dolo del agente que conduce a una reacción más severa. (51)

No se trata, pues, de beneficiar o perjudicar al delincuente, sino que, dados los elementos de continuación, la figura debe funcionar con todas sus consecuencias jurídicas. Por eso creemos que se extravía un tanto la doctrina cuando atiende fundamentalmente esa situación del inculpado y de la misma deriva su postura sobre el tema.

No escapan a nuestra consideración las importantes objeciones que se hacen a una teoría objetivo-subjetiva como la propuesta. Principalmente aquellas que se hacen consistir en que, teniendo como base una apreciación netamente subjetiva, psíquica, su funcionamiento en la práctica tropezara con escollos difícilmente salvables para su comprobación. La unidad de determinación se presenta como de difícil acreditamiento.

Lo anterior, aún cuando en algunos casos resulta rigurosamente cierto, nos parece que es un argumento que prueba demasiado y sobre todo, conduce, en algunos autores, a consecuencias que decididamente rechazamos.

Dos son fundamentalmente esas consecuencias. EI abandono absoluto de la teoría rechazándola por impracticable y, la segunda, el rechazo y abandono del criterio objetivo-subjetivo adoptando el objetivo puro.

El argumento prueba demasiado porque existen gran número de problemas en el derecho penal que se conectan íntimamente con elementos puramente subjetivos, como en la tentativa, en el dolo, en el establecimiento de sus diversos grados o especies, etc., que no por resolverse con apreciaciones de índole subjetiva, nos conducirán al

abandono de su estudio. EI Derecho Penal necesariamente tendrá que recurrir a tales apreciaciones, mientras los medios de investigación no sufran una transformación radical.

El acogerse al criterio objetivo puro tampoco nos parece correcto y ya con anterioridad se expresó nuestra opinión al respecto.

La dificultad probatoria aludida y la que pudiera existir para el juzgador determinará la existencia de la continuación, no son argumentos que combatan la teoría, sino, a lo más, indican la necesidad de su perfeccionamiento y evolución.

Se nos ocurre, por último, una posible objeción a la teoría, dado el sistema escogido en nuestra legislación para sancionar el concurso real de delitos. En efecto, la reiteración se sanciona imponiendo la pena del delito más grave, que PODRA aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, es decir, se concede una gran amplitud al arbitrio judicial. Si aunado a lo anterior se recuerdan las dificultades que en la práctica puede encontrar la teoría de la continuación, se podría llegar a estimarla como ociosa o inútil. Si en un momento dado resulta una labor delicada para el juzgador determinar teóricamente cuando se está en presencia de la continuación y su acreditamiento procesal presenta algunas dificultades, parecería más práctico olvidarse de la teoría y simplemente aplicar las reglas del concurso. (52)

Existe sólo una aparente verdad y una aparente utilidad en lo anterior. Debemos recordar que el concurso y la continuación son figuras distintas y que, por tanto, merecen un trato diferente. La segunda debe sancionarse, incuestionablemente, en forma menos grave que el primero. ¿Más que sucedería (y de hecho sucede) si el juzgador desatendiendo esta diferencia y por tanto la teoría procede a individualizar la ‘pena?

La incorrecta determinación de la pena por exceso o defecto, no se haría esperar; o bien, un criterio más perspicaz, notando la diferencia, trataría de adecuar a la misma el amplio arbitrio que la ley le concede, aplicando principios que más o menos se acercarán a los de la

continuación, pero como a tales, sino considerándolos como algunas de las "circunstancias" que en forma tan vaga establecen los artículos 47 y 48 de nuestro Código.

Todo lo anterior no resulta, pues, práctico ni útil, debiendo rechazarse decididamente.

La teoría, por ser precisamente atinente a los actos de continuación, vendrá a auxiliar grandemente a la individualización de la pena.

Hemos visto la necesidad de tratar y desarrollar la teoría en la doctrina, así como la prevención legislativa del delito continuado y creemos que en un futuro próximo los ordenamientos positivos (federal y locales) establecerán la figura, de lo que derivará el pleno desarrollo de la jurisprudencia.

Este trabajo es nuestra modesta contribución al tema, esperando tan solo interesar el mismo a inteligencias más claras y mejor informadas que lo lleven hasta su perfeccionamiento.

# *NOTAS*

En la bibliografía aparece la descripción completa de las obras que aquí se mencionan.

(1).- Op Cit. No. 515.

(2).- Op. y Núm. Cit.

(3).- Derecho Penal, Parte Gral. Cap. XIX, pág. 262.

(4).- Derecho Penal, 2a. Parte, Núm. 26.

(5) .- Derecho Penal, Núm. 21.

(6).- Cit. por Soler.

(7).- Esta opinión nos recuerda una polémica que en la práctica judicial se suscitó en nuestro medio. La misma se conectaba directamente con la prescripción de la acción penal en un caso de despojo, empezando a correr la misma en momentos distintos, según se le considere un delito instantáneo de efectos permanentes o propiamente permanentes. En favor de la opinión de Carrara podría aducirse lo que más adelante asienta respecto a lo que Beling y Soler expresan sobre el verbo típico de la figura, ya que nuestra ley habla de que se "ocupe un inmueble" y desde luego es posible usar el participio presente para designar cualquier momento posterior al acto inicial consumativo. Sin embargo, el legislador no siempre usa adecuadamente los verbos, por lo que sería necesario verificar una delicada y amplia interpretación de la ley para .poder afirmar indudablemente la opinión, sin que nos sea dable detenernos más en la digresión.

(8).- Op. cit. II del Núm. 21.

(9) .- Op. cit. II del Núm. 61.

(10).- Más adelante se verán las características objetivas y subjetivas que deben darse en el ejemplo, para poderlo considerar con propiedad como un delito continuado.

(11).- Citado por Soler en la parte II del Núm. 61.

(12).- En realidad esta opinión es francamente dominante en la doctrina. En nuestro medio la sostienen Carrancá y Trujillo, Ricardo Abarca, Quiroz Quarón, Jimenez Huerta, Ignacio Villalobos y otros.

(13).- Carrara op. cit. Núm. 519.

(14).- Tratado, T. II, Núm. 67.

(15).- La postura de este autor, así como la de Allfeld, en rigor no es objetiva pura, pero toda vez que en el desarrollo de la misma dan preponderancia a los elementos objetivos, se les ha clasificado así. V. Mezger según nota anterior.

(16).- Código Toscano Art. 80.

(17).- Según Carrara en el estatuto luquense del año 1538, en los capítulos 163 y 165, se desarrolla la teoría de la continuación y que "esta doctrina no sólo fué acogida por los libros de los prácticos, sino que en Italia llegó propiamente a ser patrimonio común de las diversas legislaciones". V. Programa, nota 2 al Núm. 537.

(18).- Cuando menos según nuestras escasas noticias.

(19).- Para Carrara existe delito complejo cuando varias violaciones, en sí mismas constitutivas de delito, mutuamente se integran (como elementos constitutivos o circunstancias calificativas) para formar un delito distinto a los aisladamente considerados. Ejem. Robo; allanamiento de morada; robo en lugar habitado; detención arbitraria; asalto; plagio. Artículos 306, 224 y 320 frac. I. - 303 frac. I y 305 frac. III, Cód. del Edo. V. Programa Núms. 168 al 170.

(20).-Tratado, Tomo I, Núm. 187, pág. 421.

(21).- Lo cual no deja de ser extraño por tratarse de un positivista. En Argentina se da el mismo caso con el tratadista Eusebio Gomez.

(22).- Pessina, citado por Soler.

(23).-En términos generales podría afirmarse que entre la unidad de determinación y la de lesión jurídica existe una mutua acción delimitante en el sentido de que si se concibe la primera en forma general, ampliamente comprensiva, se limitará después, indirectamente, con base en una acepción bastante restringida del otro elemento y viceversa.

(24).- Quien la entiende como de que los hechos queden comprendidos en la "norma incriminadora principal". Cit. por Soler.

(25).- Op. cit. VII del Núm. 61.

(26).- También la sostienen Von Lizt, Mezger, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Sebastián Soler y otros varios.

(27).-Entre nosotros Jiménez Huerta pertenece a esta postura, pues habla de "bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal", pero sin conectar la cuestión con la unidad de resolución sino que en tales casos la unidad se rompe porque existe "el criterio individual que impera en la mente de la ley en orden a la tutela de bienes jurídicos de naturaleza personal". V. Tipicidad, Parte Segunda, b), pág. 225.

(28).-Der. Penal Cap. 31, págs. 358 y sgtes.

(29).- Es fácilmente perceptible la influencia de la doctrina francesa es este autor. Estará para percatarse consultar a M. Ortolan. Tratado. Tomo I. parte segunda, titulo tercero, capitulo segundo, pagina 6.

(30).- EI segundo párrafo de la fracción I de artículo 28, reza: "Llámese delito continuo aquel que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, la acción u omisión que constituyen el delito." En tales casos, se dispone, no 'existe acumulación (concurso' real o material).

(31).- EI autor no menciona las bases concretas de sus afirmaciones, simplemente habla de "la jurisprudencia", pero sin aludir a fallo alguno ni tan siquiera precisa el órgano jurisdiccional que la originó. Por nuestra parte no hemos encontrado un solo fallo que justifique dichas aseveraciones, aunque, preciso es decirlo, nuestra búsqueda dista mucho de ser completa.

(32).- La postura contraria es dominante en la doctrina mexicana. Nosotros creemos también que no es posible encontrar los elementos del delito continuado en la "definición" de esa ley, cualquiera que sea la postura (objetiva, subjetiva o ecléctica) desde la cual se pretenda analizarla.

(33).- Bastaría invocar, por vía de ejemplo, los casos mencionados por Carrara en la nota 1 al número 520 de su Programa.

(34).- Tomo II, Núm. 292.

(35).- Criminalia. Año VIII, Núm. 2, Oct. de 1941, pág. 110

(35).- Criminalia. Año VIII, Núm. 2, Oct. de 1941, pág. 110 y sig. (sic)

(36).- Usa indistintamente los términos delito continuo y delito continuado.

(37).- Pág. 63 y siguientes.

(38).- Parte 2a. b").-pág. 214 a 230.

(39).- Derecho Penal, parte general, Cap. XII, pág. 161.

(40).- Op. cit. pág. 241.

(41).- V. Amparo Directo 723/959, Luis Eduardo Patiño Guzmán. Directo 3332/958, Rafael Cortés Núñez. Directo 4660/956, Beatriz Limón Vivanco.

(42).- V. Amparo Directo 4749/960, Leonides Bonilla Bueno. Directo 272/958. Directo 1869/959, Félix Lira García. Directo 370/956, Benito Terán Saldívar. Directo 4660/956, Beatriz Limón Vivanco. Directo 1195/959, Jesús Torres Olguín. Directo 4388/949 Alberto Castillo Uribe.

(43).- Ya que existiendo una corriente favorable a establecer el delito continuado y encontrándose previsto en algunos códigos vigentes, la aplicación de los mismos significará el planteamiento y solución de numerosas cuestiones atinentes específicamente a la continuación.

(44).- Resulta interesante destacar que el viejo Código de Baviera establecía las características del delito continuado, según se ve en el primer párrafo de su artículo 110: "Cuando un crimen haya sido cometido varias veces contra la misma cosa o contra la misma persona, las diferentes acciones porque el crimen se haya continuado, no se tendrán más que como un solo hecho, pero en la determinación de la pena serán consideradas como circunstancias agravantes en los límites del artículo 95". V. José María Lozano, Derecho Penal Comparado pág. 94.

(45).- En este Código y en los de Paraguay, Perú y Uruguay se prevé el delito continuado en forma semejante a la establecida en los Códigos de los Estados de Durango y Morelos, por lo que nos remitimos a la crítica que a estos últimos hacemos.

(46).-Ver la nota 19.

(47).- Existen otros autores, como Manzini, que aún cuando consideran el delito continuado una mera ficción, no pugnan por su desaparición en 1a legislación italiana.

(48).- Bianchini establece diferencias en esos casos, resolviéndolos como concurso real o formal, según se trate o no de violaciones a la misma disposición legal.

(49).- Conf. Sebastián Soler. Op. cit. T. II, Núm. 45, págs. 172 y 173. Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, parte 1a. págs. 115 a 116; nota 17 pág. 220.

(50).- Op. cit. T. II, Núm. 61, VII, pág. 355 y siguientes.

(51).- En el proyecto del Código Penal Federal de las Procuradurías de Justicia del Distrito y de las Entidades Federativas, puede verse la forma en que se establece sancionar el delito continuado y que es coincidente con 1o que propugnamos.

(52).- Una opinión parecida se esboza por Mariano Jiménez Huerta. V. La Tipicidad, parte 2a., b"). Págs. 229 y 230.

## BIBLIOGRAFÍA

ABARCA RICARDO.- "Derecho Penal en México". - Ed, Jus. – México 1941.

BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANTINO.- "Derecho Penal".- Ed. Cajica.-Puebla. 1949.

CARRARA FRANCISCO.- "Programa de Derecho Criminal".- Ed. Temis. Bogotá. 1956.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- "Derecho Penal Mexicano".- Librería Robredo. México 1955. 4ª. Edición.

CUELLO CALON, EUGENIO.- "Derecho Penal".- Ed. Bosch. Barcelona 1937.

GOMEZ EUSEBIO.- "Tratado de Derecho Penal".- Ediar, S.A., Buenos Aires. 1939.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- Códigos Penales iberoamericanos.- Estudios de Legislación Comparada".- Ed. Andrés Bello. Caracas. .

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- "EI delito continuado y la Legislación Mexicana".- Revista de Ciencias Penales "Criminalia", Año VIII, Núm. 2, Octubre de 1941, México. – "Panorama del delito". México 1950. "La Tipicidad". Ed Porrúa, S. A., México 1955.

LOZANO JOSE MARIA.- "Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja - California". Imprenta del Comercio de Nabor Chávez. México 1874.

MEZGER EDMUNDO.- "Tratado de Derecho Penal".- Biblioteca de Derecho privado.- Barcelona.

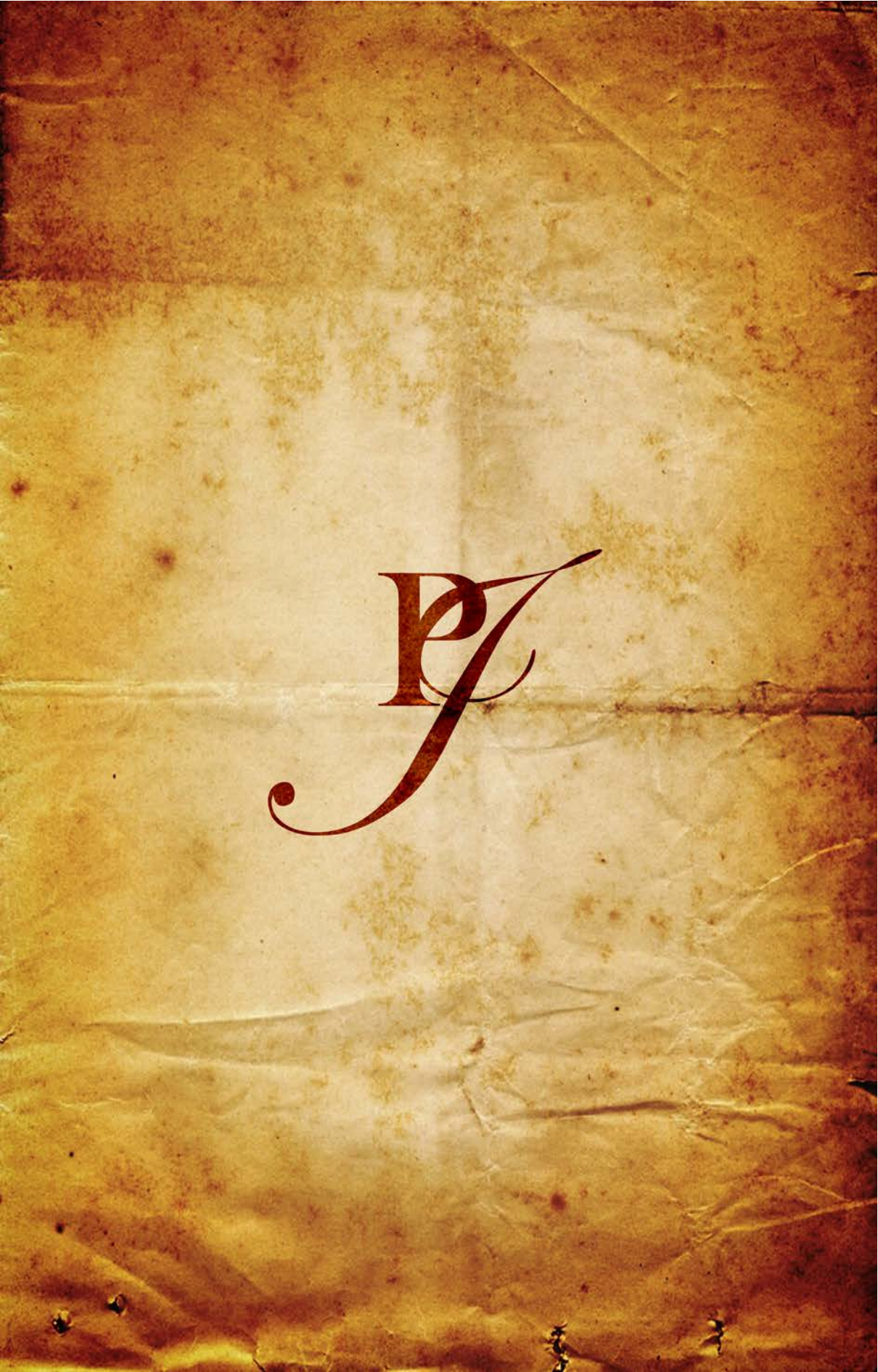
ORTOLAN M.- "Tratado de Derecho Penal".- Leocadio López Editor. Madrid 1878.

SOLER SEBASTIAN.- "Derecho Penal Argentino". - Tipografíca Editora Argentina. - Buenos Aires 1956.

VILLALOBOS IGNACIO.- "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. 2ª edición. México 1960.

Esta memoria se terminó de imprimir en febrero de 2018
en los talleres de API Publicidad S. A. de C. V.
El tiraje consta de 500 ejemplares.

*www.poderjudicial-gto.gob.mx*



Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

*www.poderjudicial-gto.gob.mx*
Circuito Superior Pozuelos No. 1
C. P. 36050, Guanajuato, Gto.
(473) 73 5 22 00